



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 13005.000656/2007-17
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº **9202-008.040 – CSRF / 2ª Turma**
Sessão de 23 de julho de 2019
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado MUNICIPIO DE VENANCIO AIRES

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/05/2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa, Patrícia da Silva, Miriam Denise Xavier (suplente convocada), Ana Paula Fernandes, Denny Medeiros da Silveira (suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Mário Pereira de Pinho Filho (Presidente em Exercício). Ausente a conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, substituída pela conselheira Miriam Denise Xavier.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração (NFLD: 35.514.920-7) por meio do qual se exige Contribuição Previdenciária supostamente não recolhida em contrato de cessão de mão de obra. Nos termos do relatório fiscal de fls. 84, a infração foi assim resumida:

1. Este relatório é integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD de contribuições devidas pelo órgão público à Previdência Social, referentes à retenção de 11% do valor da mão-de-obra contido nas notas fiscais de prestação de serviços das prestadoras contratadas pela notificada.
2. Os referidos valores não foram retidos quando da quitação das notas fiscais, como também não, foram recolhidos, descumprindo assim, a tomadora, determinação legal. Fato este constatado através do exame da documentação apresentada para esta fiscalização.
3. Constituem fatos geradores das contribuições lançadas os pagamentos efetuados pela contratante às contratadas. Os levantamentos foram realizados com base nas Notas Fiscais e Empenhos, correspondentes aos pagamentos referidos.
4. O período do lançamento do crédito previdenciário compreende as competências de 02/1999 a 05/2005, conforme planilha anexa a este relatório.

Após o trâmite processual a 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária deu provimento ao Recurso Voluntário para determinar a nulidade do lançamento. No entendimento do Colegiado, embora o lançamento tenha se baseado em contratos de cessão de mão de obra, o auditor não apontou no relatório fiscal ou na complementação desse, os fundamentos para enquadrar os serviços prestados como sujeitos à retenção de 11%.

O acórdão nº 2302-00.110 recebeu a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/05/2005

RETENÇÃO 11%. FALTA CARACTERIZAÇÃO DA CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RELATÓRIO INCOMPLETO. NULIDADE.

O instituto da retenção de 11% está previsto no art. 31 da Lei n 8.212/1991, com redação conferida pela Lei n ° 9.711/1998.

O órgão previdenciário aponta que a recorrente deveria ter efetuado a retenção, entretanto não indicou no relatório fiscal, nem na complementação do relatório, os fundamentos para enquadrar os serviços prestados como sujeitos à retenção de 11%. Não foi realizado o cotejamento pelos Auditores-Fiscais entre a documentação analisada e a legislação que dispõe acerca da cessão de mão-de-obra.

A formalização do auto de infração tem como elementos os previstos no art. 10 do Decreto n ° 70.235. O erro, a depender do grau, em qualquer dos elementos pode acarretar a nulidade do ato por vício formal. Entre os elementos obrigatórios no auto de infração consta a descrição do fato (art. 10, inciso III do Decreto nº 70.235). A

descrição implica a exposição circunstanciada e minuciosa do fato gerador, devendo ter os elementos suficientes para demonstração, de pelo menos, da verossimilhança das alegações do Fisco. De acordo com o princípio da persuasão racional do julgador, o que deve ser buscado com a prova produzida no processo é a verdade possível, isto é, aquele suficiente para o convencimento do juízo.

Pelo exposto, in casu, não se tratou de simples erro material, mas de vício na formalização por desobediência ao disposto no art. 10, inciso III do Decreto nº 70.235.

Processo Anulado

O despacho de fls. 468 rejeitou os Embargos de Declaração apresentados pela Fazenda Nacional o fazendo sob a argumentação de inexistir contradição no acórdão. Segundo o despacho ficou expressamente consignado no acórdão que o vício apontado se referia à formalização do lançamento, sendo assim a classificação adota foi de vício formal.

A Fazenda Nacional, com base nos acórdão 104-22759 e 108-08499 apresentou recurso especial. Segunda as argumentações recursais o auto de infração deve conter, obrigatoriamente, entre outros requisitos formais, a capitulação legal e a descrição dos fatos e somente a ausência total dessas formalidades implica na invalidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa.

Em sede de contrarrazões pugna o contribuinte pela manutenção da decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri – Relatora

Do Conhecimento:

Antes de analisarmos o mérito, julgo necessário que este Colegiado faça uma reanálise quanto ao cumprimento dos requisitos essenciais ao conhecimento do recurso.

Conforme exposto e descrito no Relatório Fiscal de fls. 84, o presente lançamento trata da exigência de Contribuições Previdenciárias devidas pelo Município na condição de tomador de serviços sujeitos à retenção de 11% incidente sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura emitida pelo prestador de serviços.

O acórdão recorrido, analisando os elementos utilizados pela fiscalização, declarou a nulidade do lançamento por vício formal e contra tal entendimento a Fazenda Nacional apresenta recurso solicitando o restabelecimento da exigência sob o argumento de inexistência de vício quando não caracterizado prejuízo à defesa. A divergência foi assim apontada:

(..) Vê-se, assim, que os acórdãos cotejados (recorrido e paradigmas) dão, em face de uma mesma situação fática, interpretações distintas da legislação tributária. Em todas as

decisões citadas, discutia-se se a deficiência na descrição dos fatos seria apta a redundar na nulidade do lançamento.

Contudo, enquanto a decisão recorrida concluiu que a ausência de descrição clara e precisa dos fatos geradores enseja a nulidade do lançamento por vício formal, os acórdãos paradigmas adotaram tese diversa. Consideraram que, se o sujeito passivo revela conhecer a matéria objeto da autuação, em sua insurgência, exercendo plenamente o direito à ampla defesa, descabido se revela anular o lançamento. Trata-se de aplicação do princípio de que somente se decreta a nulidade se comprovado o efetivo prejuízo, conjugado com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto nº 70.235/72, segundo os quais, somente se decreta a nulidade dos atos proferidos com preterição do direito de defesa ou proferidos por autoridade incompetente. Ausentes essas hipóteses, descabe anular o lançamento.

Assim, tratando-se de discussão acerca da existência de vício em lançamento de tributo, é imprescindível que se verifique a motivação da declaração de nulidade em cada um dos julgados em confronto.

No caso do acórdão recorrido, deu-se provimento ao Recurso Voluntário para declarar a nulidade do lançamento por vício formal. Para o Colegiado a Fiscalização não comprovou que os serviços contratados se classificariam na modalidade de cessão de mão de obra. Confirma-se os respectivos trechos do acórdão recorrido:

O órgão previdenciário aponta que a recorrente deveria ter efetuado a retenção, entretanto não indicou no relatório fiscal, nem na complementação do relatório, os fundamentos para enquadrar os serviços prestados como sujeitos à retenção de 11%. Não foi realizado o cotejamento pelos Auditores-Fiscais entre a documentação analisada e a legislação que dispõe acerca da cessão de mão-de-obra.

Não se pode confundir uma simples prestação de serviços com a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra. Somente o fato de constar na lista prevista no Regulamento da Previdência Social não é suficiente para que surja a obrigação da retenção. Por exemplo, o serviço de vigilância e segurança consta na referida lista, entretanto pode ser realizado com ou sem cessão de mão-de-obra, como na vigilância remota; a obrigação da retenção será exigida somente no primeiro caso.

Nesse sentido dispõe o art. 145, parágrafo único da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005, nestas palavras:

Art. 145. Estarão sujeitos à retenção, se contratados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, observado o disposto no art. 176, os serviços de:

Parágrafo único. Os serviços de vigilância ou segurança prestados por meio de monitoramento eletrônico não estão sujeitos à retenção.

Salienta-se que no presente caso não houve destaque dos valores a serem retidos em nota fiscal, assim é dever da fiscalização indicar os fundamentos de sua convicção.

Essa Câmara Superior de Recursos Fiscais já se manifestou (acórdão 9202-006.312) que nestes casos, o paradigma apto a demonstrar a alegada divergência seria representado por julgado em que, diante de situação fática similar - autuação por falta de retenção em cessão de mão de obra, sem a comprovação da cessão - ainda assim se considerasse que não houve prejuízo à defesa, afastando-se a nulidade.

E, neste sentido, os paradigmas apontados pelo recurso não atendem as condições.

O **acórdão 104-22.759** trata de lançamento do IRPF onde se exige a glosa de dedução de despesas de Livro Caixa, lançado na Declaração de Ajuste Anual pelo Contribuinte. Analisando o caso concreto o Colegiado paradigmático, baseando-se na inexistência de omissão ou insuficiência de descrição dos fatos afastou a nulidade pretendida pela parte, destacando ainda que naquele caso concreto inexistiu prejuízo à defesa, fato que poderia justificar a aplicação de tese subsidiária pela nulidade formal. Vejamos:

De acordo com o Auto de Infração e a decisão de Primeira Instância a irregularidade praticada pelo contribuinte e mantida naquele decisório se restringe à glosa de dedução de despesas de Livro Caixa, lançado na Declaração de Ajuste Anual, relativo ao exercício de 2000, correspondente ao ano-calendário de 1999, já que a dedução indevida a título de dependentes foi restabelecida pela decisão de Primeira Instância.

...

Ora, não procede à nulidade do lançamento argüida sob o argumento de que o auto de infração não foi lavrado dentro dos parâmetros exigidos pelo art. 10 do Decreto n.º. 70.235, de 1972, ou seja, erro de capitulação legal, demonstração da base de cálculo, descrição confusa dos fatos, bem como não houve a devida descrição e capitulação da infração cometida pelo suplicante.

...

Ora, o lançamento, como ato administrativo vinculado, celebra-se com estrita observância dos pressupostos estabelecidos pelo art. 142 do CTN, cuja motivação deve estar apoiada estritamente na lei, sem a possibilidade de realização de um juízo de oportunidade e conveniência pela autoridade fiscal. O ato administrativo deve estar consubstanciado por instrumentos capazes de demonstrar, com segurança e certeza, os legítimos fundamentos reveladores da ocorrência do fato jurídico tributário. Isso tudo foi observado quando da determinação do tributo devido, através do Auto de Infração lavrado. Assim, não há como pretender premissas de nulidade do auto de infração, nas formas propostas pelo recorrente, neste processo, já que o mesmo preenche todos os requisitos legais necessários.

Já o acórdão 108-08.499 julgou lançamento de IRPJ e reflexos motivados pela caracterização de apropriação indevida de custos, pela constatação de compra fictícia feita por meio de documentação inidônea, o que levou a uma redução indevida seu lucro real apurado pela pessoa jurídica. Para o Relator do acórdão paradigma o contribuinte exerceu plenamente o seu direito de defesa e o fez exatamente pelo fato do lançamento ter cumprido todas as formalidades exigidas:

Com relação ao recurso voluntário, quanto às preliminares arguidas, entendo que não prosperam os argumentos da recorrente, uma vez que não houve cerceamento ao direito de defesa, pois o processo administrativo fiscal seguiu plenamente os trâmites legais, tendo a recorrente todas as oportunidades cabíveis para argumentar, não se vislumbrando qualquer prejuízo aparente. E tocante à preliminar de nulidade ante a falta de descrição suficiente no auto de infração também entendo ser improcedente, pois o mesmo preenche todos os pressupostos legais em sua elaboração, e a autuada demonstrou pleno conhecimento da matéria em sua defesa, não se constatando quaisquer irregularidades nesse sentido.

Observamos, portanto, que além dos casos analisados pelos acórdãos paradigmáticos não tratarem de vício caracterizado pela não demonstração da ocorrência de cessão de mão de obra, elemento fundamental para exigência da retenção das contribuições previdenciárias, as decisões são, em verdade, convergentes com o entendimento do acórdão

recorrido. Todas afastam a existência de nulidade no caso de haver a comprovação do atendimento dos requisitos formais do lançamento e todos concordam que, não sendo esses observados, tem-se nulidade motivada por vício formal. A diferença no resultado dos julgamentos se deu exatamente pela situação fática enfrentada por cada Colegiado.

Diante do exposto, deixo de conhecer do recurso.

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri